## 新书评介

# 中国传统法制的内在理路
## ——读《法律、资源与时空建构：1644—1945 年的中国》(第四卷)

刘　栋

中国人民大学清史研究所张世明教授，自学习历史并研究清史已逾二十九年，早年以清代边疆问题开启研究清史之途，其后研究领域扩展到清代经济史、社会史与法制史，已经出版数部专著，并发表数十篇专题论文。张教授所著五卷本《法律、资源与时空构建：1644—1945 年的中国》乃积十余年努力而成，以法律、社会经济资源和时空构建为中心，涉及清代历史的多个面向，体大思精，需要认真研读方得其中三昧。笔者初学宋史，又以法律史为研究范围，视野有限，因此对张著专涉的清史而言，实属外行，难以对此皇皇巨著有一全面深刻之了解与认识，但是，帝制时代的中国传统法制又具有内在理路的承袭，以此观之，又有内行之眼光。故而，笔者拟以与自身相切之本书第四卷为主要的学习对象[①]，进而略述谬见，以就正于方家。

张教授《法律、资源与时空建构：1644—1945 年的中国》(第四卷)[②](以下简称张著) 的切入时段乃是清代乾隆朝，这与笔者对清代法制史研究现状的认识有所不同。学术界，特别是历史学界，对清代法制史和法学界对清代法制史的研究，多注重清代初期对明代法制的继承和后金(满洲) 法制的沿袭，和自鸦片战争以来，复杂局势下清代司法权为列强侵夺和反抗之过程，以及从"国家与社会"视角下对清代法制的社会史视野研究，成果枚不胜举。张著则从诸多学者未及或尚未深入的乾隆朝开始，考察期间发生的种种足以对后世产生难以磨灭的因革与变化。笔者拟从下几个方面叙述对张著的认识。

### 一

张著一书由七章构成。这七章单从名目来说，各章之间似乎难以看出有何种联系，著者为何会将讨论不同对象的七章放置在一起？这是笔者首先要解决的疑问。

第一章"费肯杰'推参阐述'法学方法刍议"，从放置的位置来说，通常是专著中的序言，讲述本书的缘起、问题意识的产生和论题的提出，以及如何对论题进行论证。张著显然不是如此安排。通读全书，第一章与其余六章谈论的清代法制中的具体问题并不相同。第一节著者介绍其写作缘起之后，第二节讨论国内外学界对事实与价值的认识问题。著者先是叙述诸多学科背景下对此问题的认识，其对各家学说的熟悉，令人叹服，对具体问题的答辩，令人击节叹赏。第三节介绍德国学者费肯杰(Wolfgang Fikentscher) 教授的"推参阐述(Synepeik)"理论，并认为"推参阐述"方法本质上就是运用比较法在不同的文化观念

[收稿日期] 2012-06-20
[作者简介] 刘栋(1986—)，男，北京师范大学历史学院 2011 级博士研究生；北京 100875

中，互相比较参味，因异求同，力图整合普遍价值与特殊时空之间的矛盾，探讨对于法律问题“更好的解决方法”[③]。

第二章“清中叶以后狱政的变化”虽然旨在探究清中期以降的狱政变化，但实质从清初对管狱制度、系囚制度与恤囚制度的探讨着手。接着对清代中叶班房（班馆、卡房）的出现、形成、定形做出全面的描绘，进而对班房从一种“非正式、非常态、非法、变态”的制度安排到“合理化、规范化、正规化”的演变，从政治的、经济的、法制的角度做出一种综合解释，令人耳目一新。又对“待质公所”从设立到后期的变异，从清代法制中审判程序和制度设置角度指出这一现象的难以避免。之后，著者的目光转向在当时清王朝内部，论列上海与东北列强“租界”内的新式监狱。与此同时，著者又联系到清末的狱政改良，探讨那一时代对新式监狱的认识。

第三章“法律间：领事裁判权与中国近代司法运作”谈论的问题是老生常谈，但著者却从帝制时代中国对边疆或归附部落的传统“羁縻制度”着手，对一直以来所谓中外条约中对领事裁判权的承认，意味着中国自主司法权完整性的破坏，提出新的解释，丰富“领事裁判权”的旧涵义，拓展“传统羁縻制度”的新意义。[④]张著指出，中外签约之时，清王朝对领事裁判权的认识与传统中的羁縻制度并无殊异，进而指出领事裁判权扩大的实际过程。最后，著者认为对领事裁判权需要有新的认识并重新进行研究。

第四章“‘包世成正义’的成本：晚清发审局的法律经济学考察”叙述发审局从出现到正式组织化，再到被新组织取代的完整过程。著者先追寻发审局出现的原因，既而描述发审局的普遍设立，又以山西、安徽、四川三省的发审局为例，从设立时间、人员构成、审案、对候补人员进行法律培训、经费开支以及来源五个方面讲述发审局的方方面面。帝制时代中国的行政权、立法权、司法权在地方乃和合而非分离状态，因此，发审局的独立司法权只能是一种希望而非实态。

第五章“人命几何：就地正法若干问题发微”描述晚清中央与各省就死刑最终审核权的竞夺。就地正法即所谓“先斩后奏”之权，张著先从清代法制既存制度安排中探究此制度的必要性，认为就地正法的说法自清代中期以来逐渐出现于官方文书中，是“一种流行语汇的互相孳养、文本的转相沿袭，偶然性非常明显，是比较强势的倡导者与弱势的附和群体共同作用的唱和结果”[⑤]。张著接着又详细地描绘出就地正法的实际操作情形。而后，对就地正法引发争论进行梳理，晚清中央府院与督抚的这一行为，是与官员士大夫的传统“慎刑”思想相悖的，张著借此从经济权益考量的角度给出一份解释。

第六章“在他者的凝视下：清末变法修律的启动”对众所周知的清末变法修律的肇事原因提出新的解释。源于著者的语言功力，张著对外文文献中清代法制之形象的追溯，对近代西方对帝制时代中国法制认识转化的探究，令人震撼。源于著者对清代史料的娴熟掌握，对引发“清末变法修律”直接原因的考究，也让人惊叹不已，同时让人对所谓的历史必然抑或偶然是如此之结果产生疑问。

第七章“19世纪中国法律规则演变的总体透视”讨论清代中叶法律规则变化的社会实质。张著考辨律学、法律与当时盛行的学术思想、传统观念的共生相依状态。此外，张著从清王朝当时朝廷、各级官府的财政状况及社会经济形势，刻画出当时司法施行于特定时间和空间中的价值判断，以及存在的局限。

由上观之，构成张著之七章，从内容上讲，却是内在地紧紧相连。我们对事实的认识，对事实做出价值判断，均源于我们如何看待“事实”，正如苏轼所言“远近高低各不同，只缘身在此山中”，因此，我们需要明白，研究只有深入对象中才得有所得，但是，由于深陷其中又难免一孔之见，因而，需要异中求同，同中查异。再结合各章之主旨，张著呈现内容之间的联系，自是显而易见，毋庸赘述。

## 二

张著乃著者积聚十余年之功，并非一蹴而就，期间学界宗旨之转移与变迁，对具体问题

之研究，存在着两方面的影响。从宏观层面讲，学界思潮对具体研究不可忽视的影响体现在选题和切入角度，即哪些问题在学界被认为是重要的，这关系到一项研究学术价值之有无而非高下。从微观层面讲，盛行的学术论域对具体研究的引导，由一项研究的展开方式和材料选择来呈现。形成于这样学术环境中，张著中呈现出的学术创新点，笔者认为表现在三个方面。

第一，研究中对材料的整体选取。近二十年来，明清以降，史学界对新材料特别重视，尤其是民间文献更是学界眼中的金饽饽，张著同样受到影响。张著对以稿本、笔记、杂记等样式保存的清代文献，尤其是小说，特别珍重。同时，档案材料也渐入学界。中国第一历史档案馆所藏清代档案，特别是刑科题本，为研究清代法制提供无与伦比的贡献。此外，国家清史工程的开启、清人文集的出版、各级官府文书的整理与出版，也为清代法制问题的进一步清晰呈现，提供可靠保证。这些材料都为张著所采用。然而，与当下学界对新材料极其重视，却对传统文献无论有意还是无意的忽视不同，张著在研究中对传统正史材料同样予以重视。因而，本书的出现，或许可为学界在研究中，对材料选取中存在的偏颇提出些微警醒。

第二，从新的视角对老问题做出新解释。张著对清代的狱政改良、领事裁判权、发审局、就地正法、清末变法修律、19 世纪中国法律规则的演变所作的研究，可以视为清中叶社会经济发生变化之后，在法律领域内的体现。实事求是地讲，张著并不是首次对这些大问题投入关注，并试图做出合理的解释。对这些问题的既有解释，是不是唯一的？如果不是，那又该如何认识、判断并做出新的合理解释。张著对这些问题的考察呈现出跨学科思考的特色。如在“清代班房考释”一节，我们可以从法律需要被遵守和信仰的角度去谴责当时政治的黑暗、官吏的道德败坏、制度设置的缺失，但是，此类问题不止清代存在，在宋代也有[⑥]，而且，类似的问题似乎并未因为清王朝的瓦解而烟消云散。所以，仅仅从清代法制史的视角，对清代中叶出现的“班房”现象并不能做出合理解释。

正如著者认为“单纯争论清代班馆（即班房）存在具有合理性其实是一个没有意义的伪问题，应以黑格尔氏上述名言所蕴含的辨证思维分析和审视清代班馆所谓合理不合法的复杂内在逻辑”[⑦]。著者即从清代法制设置的角度对班房的出现进行解释，又从清代的财政制度出发，与 18 世纪清代社会中发生的经济发展引发资源竞争相结合，解释各级政府配置资源的不足，难以应对各式纠纷，其实是导致类似“班房”这些违背法规行为出现的原因。而这些解释又可与王业键先生对清代田赋的研究吻合[⑧]，因为各级官府所能掌握的资源有限和需要肩负的责任又无法推卸，所以，在各级官府虽暗中却有意合谋之下，类似“班房”这类行为和组织最终被合法化。由上可知，我们并没有因为张著给出的解释而对清代“班房”现象的认识，发生翻天覆地的转变，只是让我们对这一现象的了解更加深入，同时也让我们见识历史问题的复杂性。由此或可提出问题，与既往的解释相比，张著是如何让我们对清代社会中的“班房”有更丰富的理解空间，再与宋代的情形联系，让我们对此问题有更深入地进行探究的可能？其实，张著是将“班房”放置在清代的社会关系网络中，从法制的、社会经济的、财政的等角度编织的结构中，提出新的解释，利用结构的力量来深化研究对象具备的深刻意义。

第三，以新的方法揭示老问题的复杂涵义。台湾邱澎生先生在《“动态制度史”研究如何可能？——评介〈明代中央司法审判制度〉》[⑨]一文中提出“我在此所说（动态制度史研究）理解的‘深入’，抽象地说，即是要把‘制度’理解为人的行为受到特定方式制约的‘游戏规则’，而不是纸面规定的典章制度；具体地说，则是要能满足以下两个标准：一是要能全面描述人如何既受‘新生制度’的制约而又冲击影响‘既有制度’的动态过程，二是要尝试去说明这个引发人与制度相互影响的内在动力到底为何”。这正如张著所言“笔者的目的则在于采取新历史法学的路径勾勒‘纸面法’与‘活法’（或者说‘显规则’与‘潜规则’、‘法律表述’与‘法律实践’）

之间的‘转换规则’，将帝国的法律与法律的帝国视为多元的同一”⑩。在张著对清代中叶出现的“发审局”所作全面研究中，著者“不希望将发审局的演变整合为现代化线性历史大叙事，毋宁愿在清代法制史研究从宏观认识、把握转向微观考索之际借助局部问题的细致凝视更为关切于发散的历史褶皱”⑪，因此，张著先从叙述嘉庆帝对“京控”的开放及其原因谈起，进而讲到嘉庆帝未曾认识的“积案”后果，以及作为临时权宜之计的“发审局”，再到作为个例的发审局之出现，到发审局在各省的普遍设立。又以山西、安徽、四川三省的发审局为例，从五个方面对之进行讨论。既然发审局从临时司法机构转化为省级官府的正式司法组织，那么，其与各层级原有司法机构之间的关系，从编外辅助到在编负责，就发生质的变化，并在清末变法修律中又为各省新设立的各级审判厅所吸纳。

如此一来，既保证司法机构的正常运转，又可实现旧制度的取消和新机构的形成。如此看来，张著对发审局的研究，除去对之进行源流考释，又对发审局从出现到消失进行全过程的描述，更是对发审局在清代法制转化过程中的影响与作用做出分析与评价。这样的史学研究方法，既可以视为以发审局为中心的“事件史”研究方法，也可看作对发审局出现原因的社会史考察，对发审局在省内机构中的地位升降的动态制度史研究。如果将这两种同时展示于同一件事件中的方法整合，笔者认为，以孙立平先生所谓“过程—事件分析”策略来概括，或许是恰当的。⑫若是更精进一些，则李里峰先生所谓“‘事件路径’的历史”用来描述张著展现出的历史研究方法，是更为适合不过的。⑬如此一来，张著对发审局的研究，除过让我们了解其作为司法机构的功能转变之外，更使我们感受到以政治、社会、经济等因素为表现特征的社会结构和制度的变化对发审局不可磨灭的影响。

## 三

笔者尽管也在学习并钻研于历史研究，但对张著所呈现出的清代中叶已降法制的承袭与变化画面，总有隔靴搔痒之感。笔者凝神尽全力细看之下，由于对画作材质的无知，仍对此工笔画有模糊感，想必并非画作本身之瑕疵，乃观者自身之遮蔽耳。既如此，不若后退远观，而尽得其神韵。如此一来，张著所呈现的精美画面，不可避免在笔者的眼中浮现出涂抹来自宋代底色的图景，这或许会察觉出为张著本身底色所掩盖的景致。

第一，帝制中国的传统法制刑罚分为笞、杖、徒、流、死五等。关于宋代的流刑，美国学者马伯良（Brian E. Mcknight）认为，宋代保留了唐代的刑名“徒”与“流”，但在实践中却运用一个极为复杂的编配系统，以多种方式将刑罚分出等级。⑭南宋孝宗时，罗点言：“逮我艺祖，一洗五代之苛，犹以隋制为重。于是悉易以决，为流、徒、杖、笞之法。名存实改，自加役流至流二千里，其刑四，并决脊杖，配役有差。所谓配役，非今之所谓配，古所谓徒役是也”。⑮其意思是，宋代的流刑是由两部分刑罚构成，一是流刑经“折杖法”变为“脊杖”，一是“配役”即发配至“配所”服役。传统刑罚中的流刑在宋代为何会有如此变化？宋神宗时，曾布请求恢复肉刑，言：今大辟之次，处以流刑，代墨、劓、剕、宫之法，不惟非先王流宥之意，而又失轻重之差。古者，乡田同井，人皆安土重迁。流之远方，无所资给，徒隶困辱，以至终身。⑯宋宁宗时，臣僚言：国朝品式条章，灿然备具，谓人之难于离乡井也，于是有配隶、羁管、编管之条。⑰由此观之，在传统的“恤刑”思想影响之下，宋人对新式“流刑”所应发挥的惩戒作用有着清醒地认识。

张著在“清末狱政改良”一节讲到，清代社会中，实际的流刑，既有前代之流刑，又有继承明代之充军，还有自创的为清代所特有之发遣。这些刑罚都将罪犯发往边疆配所，或拘押，或服役等等。著者认为“这种流遣制度远不如现代监狱行政管理技术细腻，以配所为巨大的监禁空间而形成管理的疏失自所难免。嘉道以后，东北、新疆、云南等边疆地区军遣之犯时告人满为患，加之边疆受到外国侵略等影响局势动荡不宁，变故迭出，道路时有阻梗，解犯大受掣肘，交通与通信方式在近代

与时俱变，驿站渐有废弛之势，军流既未能如法实施，徒役亦无驿站可以分配，渐次演变至光绪年间，军流徒及迁徙之法不得不改为监禁，于是监禁由用刑转变为行刑之主要方式”[18]。与宋代社会中的“流刑”对犯罪行为所起到的惩戒作用相比，在清代社会中作为传统惩罚刑等的“流刑”，似乎丧失其所应具备的功能，最终为近代的西方监狱制度所取代。这一转变过程反映出清末的政治形势、社会情形、经济状况和法制环境发生巨大变化，而这一变化实质上到底是发生于哪些质的变异，仍然值得继续追索。

第二，张著在讨论清代中叶以来的“就地正法”时，对各省督抚与中央部院对死刑最终审核权[19]的竞夺从多个层面做出合理解释，令人信服。笔者认为，换种角度对围绕“就地正法”展开的言论进行观察，或许可以看到以前未曾注意的涵义。若是将清王朝对死刑最终审核权的掌握视作一种具备象征意识的权力体现，那么，各省督抚无论以何种理由坚持“就地正法”的必要性，在实质上，都是对王朝一统集权的分割。笔者并不是顺着权力分割的角度对“就地正法”关照之后，而有此看法，毋宁是从宋初加强中央集权的途径和方式，发觉对死刑最终审核权的掌握，是王朝权威集中和权力一统的体现。

如，宋太祖建隆三年（962）诏：诸道州府，应大辟罪决论，录其案，朱书格律、断辞、禁仪、月日、官典姓名以闻，委刑部覆视。五代用兵以来，藩侯跋扈，率多枉法杀人。朝廷务行姑息之政，多置不问，刑部按覆之制遂废。至是，乃有是诏。[20]又如，清代中叶，赵翼亦言：直至有宋，州郡不得专杀之例始严。[21]而宋史学者陈振先生在论述“宋初加强皇权与中央集权”时，除去对地方兵力、财力等收缴外，更以“周渭以右赞善大夫任天雄军所属永济县（今河北馆陶东北）知县，到大名府时，节度使兼大名府尹‘符彦卿郊迎，（周）渭揖于马上，就馆，始与彦卿相见，略不降屈’。以后在审理案件时，也‘不以送府’而自行处理，这些都是前所未有的”，说明“削弱藩镇，加强中央集权”的多种方式与途径。[22]

由此观之，美国学者孔飞力（Philip Alden Kuhn）对清代乾隆朝已降地方军事力量的研究[23]，周育民先生对清代咸丰时期朝廷财政权下移的研究[24]，再结合张著揭示的名为“就地正法”、实对朝廷权势僭取与权威分割，或许可以明晰历史变迁过程的多种力量共同作用，导致单一结局的历史现象。

第三，张著在讲“司法场域的日常空间”时，提到“农忙停讼”制度在以农为本的中国传统社会被清王朝所相沿不改[25]。现存文献中，“农忙停讼”首次作为正式制度，进入王朝法令，是在唐代[26]，以后各朝的基本法典，除明代是在明太祖颁布的“教民榜文”中，都一直保留未作大的变动，时限至少为六个月。[27]通读张著，清代法制设置限于既有的财政制度，各级官府可以使用的资源有限，以致难以应对日益增多的各式案件，清代各级官府接受“词状”的“放告日”却仍然没有增加，却又是为何？而“停讼期间”，除“谋反、大逆、盗贼、人命等重大案件外，其他的诉讼一律不予受理”。以往学界多从法文化的角度，批评中国传统法律重刑轻民、民刑不分[28]，而著者认为“传统社会按照吉登斯（Anthony Giddens）的观念处于生存性矛盾（existential contradiction）之中。在刚性财政制度下的汲取能力的有限性及其权威资源的稀缺，使清王朝司法资源配置只能以命盗刑案为要务而将户婚田债视为细故，并不自觉地偏好于以低成本的刑事手段处理民事案件，导致民事案件刑事化或泛刑化”[29]。

但在日常生活中，人与人之间的细微纠纷仍然是难以避免的，因“析户分产”而争论不休，本可经州县官府裁决而解决之。若在各级官府不予接受细故案件的期限内，深陷其中的人们本可经官府及时处置即可解决之纠纷，或许会因官府延迟时日而诉讼两造冷静清醒后消弭于无形；或许会因耽搁怂淹而愈演愈烈，到那时，又该向哪儿寻求帮助呢？著者认为“在实践中，大量纠纷在启动司法程序以前，即已在家族、乡里之内得到消化处理，真正呈送官衙的是极小的一部分”[30]。尽管以宗族、乡里、绅士等为代表的“社会力量”在防范和解决纠纷方面发挥不可替代的作用，但是呈

送到官府的“词状”，还是令官吏穷于应对，捉襟见肘。

然而，里赞先生经研究清代四川南部县县衙档案，发现“尽管‘社会’在州县审断纠纷中也会扮演一定的角色，然而其作用是否如通识者，似可反思，即以往通识中对传统社会力量在个人与官府之间重要作用的认识在川省基层司法档案的印证下似有进一步探讨的必要”[31]。如果是为了避免侵扰农事[32]，官府避而不受词状，那么，由社会力量接受并解决的纠纷，不也会耽搁他们的农事吗？为何官府可以不接受，而社会力量就可以？若是只从对农事的侵扰来看，对官府而言其自身并不务农，因此，经官府于农忙期间解决纠纷对农事的侵扰体现在何处？若是类似“命盗刑案”但又非“重大案件”类别的案情，由于司法审理制度设置之故，如两造对质，证人等可能身困“班房”或“待质公所”，因而农忙之后，再予以受理，尚觉情有可原。那么，官府对“户婚田债”等细故也做同样处理，以至于这些案件在官府接受案件的时期内，白白消耗掉珍贵的案件受理期限，不免让人诧异。[33]清代法律是如此规定，唐代、宋代的法令也是如此规定，1983 年湖北江陵张家山二四七号汉墓所处出《二年律令·户律》[34]云“恒以八月令乡部啬夫、吏、令史相杂案户（竹简 328 号）；民欲先令相分田宅、奴婢、财物，乡部啬夫身听其令，皆参辨卷书之，辄上如户籍。有争者，以卷书从事；毋卷书，勿听。所分田宅，不为户，得有之，至八月书户，留难先令，弗为卷书，罚金一两（竹简 334、335、336 号）；民欲别为户者，皆以八月户时，非户时勿许（竹简 345 号）”，也甚是相近。由此观之，自汉代至清代长时段内，律法规定和官府对“户婚田债”等细故案件的处理并无实质变化，而这些又说明什么，值得探究。

第四，帝制时代中国既有的“狱”与“流刑”最终为源自西方的近代监狱制度所取代。这一替换过程，从张著中，可以看到是多种因素混合发挥作用的结果。首先，清代法制设置起始，将流刑犯发遣边疆的做法，就未能考虑到随着社会经济的发展和进步，不仅仅是法网渐渐密集，犯法之人日众，犯罪人数增多，被判流刑罪人持续增加；也并非单单社会中人口增大，为各自生存谋划，对有限的土地、田宅、水池、沙地等资源的竞夺，持续不断的引发“命盗刑案”，致使这样的处置对边疆官府而言管理愈来愈困难，力不从心，日甚一日。其次，自鸦片战争以来，列强对边疆地区的蚕食，对于将危险群体集中于一域所可能产生的危机与动荡，也使得有识之士对此认识愈来愈鲜明，如何避免这一危险的产生成为他们积极思考并亟欲解决的问题。复次，东邻日本自“明治维新”以来，主动采纳近代西方的典章制度，在保留浓郁传统帝制时代中国社会色彩的情况下，竟然也能跻身强国之列，更是激起当时人的探秘之心。对清王朝当时的法律人士来说，列强的强盛，在法制层面，乃其律法之精良与狱政之清明，日本之法律虽有欧化，但仍保留帝制时代中国法律的骨架与精神，两相比较，清王朝所缺者惟新式之狱政[35]。综而统之，中央法律人士倡导，地方官吏应和，异梦同蕴，最终新式监狱在全国得到推广。

至于实施之后的效果，是否尽如先前力主之人所期许的，似乎并不全然如此。以后观之明察之，当时人似乎将新式监狱视作近代西方各国与日本强盛之标志与符号，而对其内在构造与运行逻辑却丧失深入探究之兴趣，更遑论对产生那种制度之社会整体之全面洞察。

我们现在再来看作为“国家治理术”的重要组成部分，清代的流刑和狱政制度，从先前对此制度的承袭与遵守，到最终对其的废弃，可以明显地看出，对传统法制中“狱”和“流刑”的惩戒作用和社会意义的“认识”发生变化，而渐渐形成的对源自近代西方监狱具有社会功能的“认识”，后者在合力作用下取代前者。我们需要探究的是，这一过程究竟是如何在那种孕育前者的社会环境中发生的？[36]又如张著对“发审局”的研究表明“光绪三十二年（1906）九月二十日，皇帝发布上谕，改刑部为法部，专任司法，改大理寺为大理院，专掌审判，改变了传统司法体系中司法审判与司法行政统归刑部的现象，将司法审判与司法行政分离开来，并以大理院为主体开始在各直省设立各级审判厅，以代替传统的

‘州县—府—司—院’司法审判体系”[37]。既非行政机构，又不是新式司法机构的发审局，终是难以逃脱被裁撤、解散的命运。我们或许可以再次探寻，究竟是哪些人的什么“认识”导致传统司法体系的改变？这些认识源自何处？又是借助哪些渠道或途径为清王朝接受，并搭乘国家这个强势载体，使自身成为一种强势观念进而政策化，终而得到实施?[38]

正如，宋史学者柳立言先生对宋代社会中的家庭和法律进行研究之后，认为宋初以北方人为主体的施政统治阶层，自科举制的盛行，平民应举人数的增加，封闭的统治群体逐渐开放；南方出身之人渐次渗入到施政统治阶层，使统治阶层发生变化，同时，其自身备具民间和南方的社会习惯和价值观念，使得宋王朝的统治理念和法律观念得到更新，法律对子女与祖父母在世同籍而异财，承认子女以一己之努力获得的财富属于个人私财，南宋女性财产权的扩展，允许子女控告继母侵犯他们对家脉或家产的继承，使得宋代的法律文化呈现中产之家的特色。[39]若与清王朝末期法律“认识”的转变复杂程度相比，宋代法律文化的转变历程之曲折，不减丝毫。如宋英宗治平三年(1066)，参知政事欧阳修就科举取士之方式，曾对西北与东南之士人有一比较，认为“天下至广，四方风俗异宜，而人性各有利钝。东南之俗好文，故进士多而经学少；西北之人尚质，故进士少而经学多”[40]。至于宋代文献语境中“质、文”的具体涵义，尚待日后研究逐渐釐清。[41]对宋代北方与南方在“人格”与“学风”两处，从欧阳修从“质与文”的角度指出差异，正好说明北方与南方各自特性的显著存在。而施政统治阶层中具强势地位，以“质”为特性之北方认识，逐步融入以“文”为特色之南方认识，渐而平分秋色，直至后者居上，想必期间也是争奇斗艳，异彩纷呈。我们的问题仍然是，这一主客换位过程中，哪些因素发挥决定性的作用，或是启动这一进程的动力又是什么?

如此不断追索，我们是否可以如实地“还原”或“重现”那“曾经真实发生的过往”？或者，通过张著所描绘的，清代司法制度自中叶以来发生的种种变化的历史图景，是否就是当时发生的?[42]对此问题，姚大力先生认为“我们只有透过最详尽地去感悟亲历者们‘认为往事应当如何发生’这一环节，才有可能使‘我们以为发生过的事情’最大程度地接近‘真实地发生过的事情’”[43]。正如张著所揭示的，对清末变法修律的肇事原因，一直以来，众所周知的解释是，为废除领事裁判权而引发，其实，仔细研读作为亲历者和倡导者张之洞等人的文牍，自然可以得出接近“真实发生的过往”的认识。所需者，惟仔细批阅浩如烟海之史料耳。又有一问题，是不是研究如此进行就会有对“那曾经发生的过往”全面的认识？联想到历史研究者对研究对象的认识，都会与自身经历和知识积累不可分离，而这些又都是个体化的，因此，得出的结论自然都是个体的。这样的研究难免片面，那么，如何认识这样的历史研究结果呢？对此问题，阎步克先生认为“人们需要以各种方式理解历史，不同叙述方法，好比是从不同角度投射向黑暗的历史客体的许多束光，它们必然各有其所见不及之处，但也毕竟都各自照亮了不同的景象”[44]。笔者认为对历史研究抱有这样的清醒认识，对结论各异的研究成果，兼收并蓄，才是得到对历史全面认识的基础。

总而言之，对张著所展示的学术创新点和新颖方法，上述指出的也许并不是著作本身所拟着重表述的，而在此未曾提及的优点以及并未深入思考之卓识，也并非笔者有意忽视或熟视无睹。在学科分界日益严密之当下学术体系之内，似乎研究的细碎琐屑，即所谓历史研究的“碎片化”，愈来愈难避免，笔者虽不愿以朝代为畛域，自我束缚，局限视野，但也不可避免的为风气潮流裹挟，距离笔者向往之境地，渐行渐远，只好借用韩愈所谓“术业有专攻”说服自身。因此，笔者些许零散看法的浅薄似乎是不可不免的，如此，更需要对历史学科本身继续深入瞭解，或许来日能够避免“只见树木不见森林”。正如张著第一章所揭示的，若能记起历史学科内尚且难“通”，当下诸多貌似“跨学科”之研究，估计日后难免邯郸学步，令人多有忧思，为学科归于何处担忧。笔者认为，不若以具体研究对象为中

心，一面严守历史学之家法，一面静心沉潜玩味相关学科，既解决自身之疑惑，又能追求一己之乐，或许假以时日，会有些许意想不到的收获。[45]尽管如此，笔者仍想将张著对自我之认识冲击最为强烈之部分，并将一己之所想付诸笔端，以求与同好共享之。同时，也期望能借助他人之眼光与笔墨，明瞭笔者视野之局限，认识之谫陋，尚待大家不吝赐教。

---

①笔者之所以不揣浅薄，敢于班门弄斧，乃源于业师游彪教授在授课中的谆谆教导。业师曾受业于宋史学者漆侠先生，先生言 "'只学历史，学不好历史；只学宋史，学不好宋史'，'要在专（或断代史）的基础上通（通史），要在通的基础上专（或断代）'。即在搞断代研究，必须以通史为基础；搞通史，必须以断代研究为基础（参见漆侠 《坚持以马克思主义为指导治史、执教、育人》，载《高等教育学报》1989年第4期）"。笔者自知学养识见之不足，难以具备"通"识之眼光，但深觉以帝制时代中国传统法制为一线索，上贯下联，或许对中国古代社会形成别样的认识。

②张世明 《法律、资源与时空建构：1644—1945年的中国》，广东省出版集团、广东人民出版社2012年版。

③⑤⑦⑩⑪⑱㉕㉙㉚㉟㊲见张著第187页，第617页，第289页，第295页，第434页，第327页，第983、984页，第931页，第939页，第331页，第559页。

④笔者未曾深入思考，但又感知的一个疑问：对外来人群居住或聚居于帝制时代中国，传统社会固有的管理制度，在与近代西方的较量中是因何被取代，抑或近代西方对本国在异国居住人群之管理制度，借助何种因缘在晚清直至近代成为主要执行方式？退一步说，这两种"认识"之间的角逐与最终定型，是否还有其他因素的介入，尚未可知。今存疑于此。

⑥参见刘馨珺 《明镜高悬——南宋县衙的狱讼》，北京大学出版社2007年版；漆侠主编 《辽宋西夏金代通史·贰·典章制度卷》第十一章"宋朝法律制度"，人民出版社2011年版。余不赘述。

⑧参见王业键 《清代田赋刍论》，高风等译，收入于沛主编 《国家清史编纂委员会·编译丛书》，人民出版社2008年版。

⑨参见邱澎生 《"动态制度史"研究如何可能？——评介〈明代中央司法审判制度〉》，载《明史研究通讯》2003年第6期。其实，对"动态的制度史"研究，学界对此早有注意，如韦庆远先生认为 "我们研究古代政治制度史，不但应注意官书政书中登载的各种诏谕律令等条文规定，还更应注意其实际表现；不但应注意其'体'（制度），还更应注意其'用'（运用、作用）……我们主张从动态的、整体的角度研究政治制度史，不能离开政治而研究制度，不能离开有代表性人物和典型事件以制度"。参见韦庆远 《三杨与儒家政治》，载《史学集刊》1988年第1期。

⑫参见孙立平 《"过程—事件分析"与当代中国国家—农民关系的实践形态》，原载《清华社会学评论》（特1辑），今据谢立中主编 《结构—制度分析，还是过程—事件分析？》，社会科学文献出版社2010年版。

⑬参见李里峰 《从"事件史"到"事件路径"的历史——兼论〈历史研究〉两组义和团研究论文》，载《历史研究》2003年第4期。

⑭参见马伯良 《宋代的法律与秩序》，杨昂、胡雯姬译，中国政法大学出版社2010年版，第347页。

⑮参见马端临 《文献通考》卷一六八，刑七，考一四六〇。

⑯同上，考一四六〇。

⑰同上，考一四六二。

⑲在讨论清代法制中的"转审制度"时，张著中曾对"覆审"与"复审"这两个概念在清代与现代法律语境中的涵义进行考辨，认为"复审"之司法涵义涵盖"覆审"。鉴于此，清代刑部等中央司法机构对各省上报之死刑案件的审查与核准，笔者参考现代国家高等法院之例，将其称作"死刑最终审核权"，涵盖"复审"和"核准"之意。

⑳参阅《文献通考》卷一七〇，刑九，考一四七四。

㉑参见赵翼 《陔余丛考》卷一六，"刺史守令杀人不待奏"条。

㉒参见陈振 《宋史》，上海人民出版社2003年版，第18－20页。

㉓参阅孔飞力 《中国帝国晚期的叛乱及其敌人：1796－1864年的军事化与社会结构》，谢亮生等译，中国社会科学出版社1990年版。

㉔参见周育民 《晚清财政与社会变迁》，上海人民出版社2000年版。

㉖参见郑显文 《中国古代"农忙止讼"制度形成时间考述》，载《法学研究》2005年第3期；岳纯之：《中国古代农忙止讼制度的形成时间试探》，载《南开学报（哲学社会科学版）2011年第1期。

㉗参阅曾维冰 《明朝民事诉讼变革初探——以唐宋"务限"为参照系》，载《琼州学院学报》2007年第4期。

㉘如此划分对某些历史事实的认识存在的误区，参见

里赞 《刑民之分与重情细故：清代法研究中的法及案件分类问题》，载《西南民族大学学报（人文社科版）》2008 年 第 12 期。

㉛参见里赞 《晚清州县审断中的“社会”：基于南部县档案的考察》，载《社会科学研究》2008 年第 5 期。

㉜对农忙停讼的实质意义，在唐史研究中，日本学者泷川政次郎教授、奥村郁三教授各自持有不同看法（参见郑显文先生在《中国古代“农忙止讼”制度形成时间考述》一文中的引述）；在宋史研究中，日本学者高桥芳郎与植松正先生之间也有分歧，参见刘馨珺先生在《宋代衙门中的放告与保人》一文中的引述，今据邓小南、杨果、罗家祥主编 《宋史研究论文集（2010）》，湖北人民出版社 2010 年版。

㉝综观张著存在一个基本假设，即社会经济发展、资源稀缺引发争斗导致案件激增、官府资源有限导致班房、发审局、就地正法等解决方式的出现。也就是说，在著者的对清代社会的认识和思考中，“案件”激增的主要症结在资源稀缺引发的争夺，若是从州县官府对案件的受理时限来看，清代法制设置本身其实也是诱发原因之一。而“农忙停讼”制度是对前代的承袭，为何前贤对此“熟视无睹”呢？今存疑于此。

㉞参见彭浩、陈伟、［日］工藤元男主编 《二年律令与奏谳书——张家山二四七號汉墓出土法律文书释读》，上海世纪出版股份有限公司、上海古籍出版社 2007 年版。

㊱对此问题的思考，笔者深受邓正来先生观点之启发，不敢掠人之美，谨列于此。参见王铭铭、王思福主编《乡土社会的秩序、公正与权威》（中国政法大学出版社 1997 年版），第 556—557 页。

㊳笔者寓目所及，在类似问题所做实质研究，如法制观念更替原因的探讨，可参阅尤陈俊 《法制变革年代的诉讼话语与知识变迁：从民国时期的诉讼指导用书切入》，载《政法论丛》2008 年第 3 期；王志强：《辛亥革命后基层审判的转型与承续——以民国元年上海地区为例》，载《中国社会科学》2012 年第 5 期。

㊴参见柳立言 《唐宋变革与第一个中产之家的政权》，载《中国社会科学报》2011 年 4 月 26 日。

㊵参阅《文献通考》卷三一，选举四，考二九二。

㊶对“质、文”概念从历史角度进行研究，笔者寓目所及，阎步克先生对战国已降至汉魏六朝时期的变化已有研究，参见《士大夫政治演生史稿》（北京大学出版社 1998 年版、《魏晋南北朝的质文论》（原载《中国史研究》1999 年第 3 期，今据《乐师与史官——传统政治文化与政治制度论集》，三联书店 2001 年版、《“质文论”的文明进化观》（载《文史知识》2000 年第 5 期）；陈苏镇先生对汉代董仲舒的“文质”观进行剖析（《汉代政治与〈春秋〉学》，中国广播电视出版社 2001 年版），对认识唐宋时期的“质文论”或有助益。

㊷或许，更需要思考的是，为何著者只描绘或指出这些变化？张著中未曾提及的哪些“变化”被著者“略去”的原因又是什么？由此，也许可以深入著者对清代历史的“元认识”。

㊸参见姚大力、蓝田 《一个无专著的教授的学术观——访姚大力》，载《中华读书报》2012 年 4 月 25 日；另见《颠扑不破的老生常谈——读弗拉埃写给青年学生的一封信》，原载《世纪书窗》2001 年 9 月号，今据《读史的智慧》，复旦大学出版社 2010 年版。

㊹参见阎步克 《士大夫政治演生史稿》，第 516 页。

㊺参见赵世瑜、杜正贞 《追求不断创新之路——赵世瑜教授访谈录》，载《历史教学》2005 年第 1 期；赵世瑜、梁勇 《政治史·社会史·历史人类学——赵世瑜教授访谈》，载《学术月刊》2005 年第 12 期。